

CONCEPTO 14303 DE 2008

(noviembre 24)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D. C.

PARA: Doctor FRANCISCO JAVIER PULIDO FAJARDO

Gerente Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del I.S.S.

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros.

ASUNTO: Concepto – Recuperación mayores valores girados a
pensionados - Revocatoria actos administrativos particulares y concretos

Respetado Doctor

Acuso recibo del oficio de la referencia emanado del despacho a su cargo, en el cual solicita concepto relacionado con los procedimientos que deben implementarse con el objeto de recuperar los mayores valores pagados a pensionados, como resultado de la revisión de la mesada pensional donde se evidenciaron errores en el número semanas de cotizaciones, del IBL, errores aritméticos en el cálculo de la mesada, redistribución de los porcentajes del valor a pagar por nuevos beneficiarios en sustituciones pensionales, entre otros eventos.

Sobre el particular es necesario precisar lo siguiente, dentro del marco legal de competencia conferido a esta Dirección en el artículo 14 del decreto 1403 de 1994:

El artículo [69](#) del Código Contencioso Administrativo dispone lo siguiente: “Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. “Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o la Ley”.
2. “Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él”.
3. “Cuando con ellos se cause un agravio injustificado a una persona”.

En cuanto a la revocación de actos administrativos particulares y concretos, el artículo [73](#) de la misma normativa prevé: “Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, **no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular**”.

“Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, **si se dan las causales previstas en el artículo [69](#)**, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales”.

En ese mismo sentido, el artículo [19](#) de la Ley 797 de 2003 señaló: “Los representantes legales

de las instituciones de Seguridad Social o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, deberán verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la suma o prestación fija o periódica a cargo del tesoro público, cuando quiera que exista motivos en razón de los cuales pueda suponer que se reconoció indebidamente una pensión o una prestación económica. **En caso de comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aun sin el consentimiento del particular y compulsar copias a las autoridades competentes.**

(Negrilla por fuera del texto).

Es del caso tener en cuenta que la anterior norma fue declarada condicionadamente exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-[835](#) de 2003, bajo el entendido que "(...) el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, se refiere a conductas que estén tipificadas como delito por la ley penal."

De la normativa transcrita se advierte que la decisión sobre la revocatoria de los actos administrativos debe ceñirse necesariamente a la configuración de las causales previstas en el artículo [69](#) del CCA.

Tratándose de actos particulares y concretos el artículo [73](#) ejusdem plantea dos hipótesis para las cuales procede la decisión revocatoria:

1. Cuando el acto administrativo no se circunscriba dentro de las causales descritas en el artículo [69](#) es procedente la revocatoria con la anuencia expresa y escrita del titular del derecho.
2. No sería necesario el consentimiento del titular del derecho para revocar directamente un acto administrativo de carácter particular y concreto cuando éste resulte de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo [69](#), o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

De igual manera, la decisión sobre la revocatoria o no de actos administrativos de carácter particular y concreto aun sin el consentimiento del titular del derecho, conforme lo dispuesto en el artículo [19](#) de la Ley 797 de 2003 en consonancia con la normatividad del Código Contencioso Administrativo, debe obedecer necesariamente a un procedimiento reglado exento de vicios que garantice el derecho de contradicción y defensa del titular del derecho, el cual permita establecer de manera objetiva y diáfana que la prestación económica o pensión fueron reconocidas indebidamente por el incumplimiento de los requisitos o con base en documentación falsa suministrada por el titular, siendo menester que dentro de la investigación administrativa se determine claramente que tales conductas constituyen delitos de acuerdo con la Ley Penal.

En ese orden, se tiene que bajo la égida legal se considera totalmente viable que ante la presencia de actos administrativos de carácter particular y concreto proceda la decisión revocatoria sin la anuencia del titular del derecho cuando se advierta la configuración de las causales de que trata el artículo [69](#) del CCA, además, según el artículo [19](#) de la Ley 797 de 2003, la revocatoria procede cuando las irregularidades en la emisión de la decisión son ostensibles y palmarias, y si de la investigación administrativa previa adelantada, garante del debido proceso del titular del derecho se evidenció claramente que la prestación económica fue obtenida por medios ilegales o a través de conductas que se tipifiquen como delitos por la ley penal.

De no cumplirse lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en garantía del derecho constitucional al debido proceso⁽¹⁾, la figura de la revocatoria directa de actos administrativos que hayan creado situaciones jurídicas de carácter particular o se han reconocido derechos de la misma categoría, únicamente procede cuando medie el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho⁽²⁾ y que, cuando no sea posible obtener dicha manifestación, deberá la administración adelantar las acciones tendientes a declarar judicialmente la ilegalidad o nulidad del acto propio⁽³⁾ y a obtener el pago de lo indebidamente reconocido y pagado encontrándose probada la mala fe del titular del derecho⁽⁴⁾.

Hechas las anteriores consideraciones, este despacho considera relevante examinar las situaciones que el despacho a su cargo señala como disfuncionales dentro del trámite administrativo de revisión de pensiones a cargo del ISS.

- En el caso de la modificación de la pensión que se reconoce con un número de semanas que no corresponde al real o con un IBC superior al que realmente cotizó el afiliado, la Ley le permite al operador jurídico la verificación de oficio de los requisitos de adquisición del derecho, lo que implica necesariamente que como regla general se requiera la anuencia del titular del derecho y de no obtenerse, deberá demandarse el acto propio.

De evidenciarse que la obtención del derecho pensional se valió de conductas tipificadas como delitos por la Ley Penal, podrá revocarse la decisión prestacional sin consentimiento del titular.

Este mismo procedimiento debe seguirse respecto de los casos en los que se va a modificar el porcentaje del monto de la mesada por nuevos beneficiarios que ingresan a nómina para disfrutar de la pensión de sobrevivientes según lo planteado en la comunicación de la referencia, procurando la anuencia de los titulares de la prestación post mortem a efecto de distribuir el valor pensional a ser pagado.

- Tratándose de la aplicación de notas crédito para efecto de deducir de la mesada los mayores valores girados por concepto de retroactivo pensional de prestaciones reconocidas erróneamente, considera esta Dirección que debe seguirse el procedimiento señalado en el caso anterior.

Lo anterior se justifica además, porque no existe normatividad que legitime dicho proceder, además porque en este caso no opera el principio de permisividad legal por ausencia de prohibición como quiera que de conformidad con lo establecido en la Ley, los descuentos a los emolumentos laborales **son taxativos** y en esa medida no se considera procedente que el empleador o la administradora del Sistema “motu proprio” hagan deducciones a los emolumentos de orden laboral que por demás son irrenunciables e intransigibles y por tanto, no pueden ser negociados o modificados por convenio entre particulares⁽⁵⁾.

- Con relación al giro de mesadas o beneficios pensionales prescritos, debe recordarse que de conformidad con el numeral 2º del artículo 1527 del Código Civil, cuando el deudor paga una obligación prescrita, ésta adquiere la connotación de obligación natural, la cual no confiere derecho para exigir su cumplimiento porque se reputa como válido el pago efectuado, sin embargo, dicho presupuesto legal es válido y aplicable sólo cuando quien pagó tenía la libre administración de sus bienes.

Efectivamente, debe recordarse que de conformidad con el literal m) adicionado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, los recursos del Sistema General de Pensiones son de naturaleza parafiscal los cuales están destinados exclusivamente a dicho

sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran, de donde se desprende que el ISS al no tener libre administración sobre bienes de naturaleza parafiscal con los que se pagaron indebidamente obligaciones prescritas, tales pagos no tienen ninguna validez y por tanto, serían recuperables por vía administrativa a través del trámite garante del debido proceso pluricitado citado en este escrito.

- Respecto del alcance de la presunción de buena fe, conviene recordar que este principio al ser elevado a rango Constitucional se entiende como un imperativo “(...) de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña a la palabra comprometida (...)”, el cual por mandato del artículo [83](#) de la Constitución Política debe presumirse de todas las actuaciones entre los particulares y la administración, “(...)” se erige en pilar fundamental del sistema jurídico⁽⁶⁾, y descansa además en el principio de Derecho Administrativo de la “prohibición de ir contra los actos propios (“nemo potest venire contra factum proprium”)”⁽⁷⁾.

Debe tenerse presente que de acuerdo con el artículo [769](#) del Código Civil, “la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria” en tanto que en los demás eventos, “la mala fe deberá probarse”, y dicha prueba deberá recaudarse y valorarse dentro de la investigación administrativa y las acciones judiciales correspondientes cuyo resultado será la decisión en la que se declarará la mala fe con base en el acervo probatorio recaudado, lo cual es la expresión máxima de la garantía del derecho fundamental al debido proceso elevado a Norma Superior a través del artículo [29](#) ejusdem.

Por tanto, dentro de la actuación administrativa debe encontrarse probada la mala fe pero no como consecuencia del silencio del titular del derecho aun cuando en apariencia dicha conducta entrañe reserva mental, astucia o viveza⁽⁸⁾ del beneficiario-, sino como resultado de la valoración de las pruebas recaudadas dentro del trámite administrativo con el fin de justificar razonadamente la revocatoria directa sin anuencia del titular, atendiendo al aserto consignado a lo largo de este escrito.

En todo caso, se reitera, será necesario el consentimiento **expreso** del titular del derecho como requisito sine qua non para la modificación unilateral de actos particulares y concretos, y de no obtenerse, deberán iniciarse las acciones judiciales pertinentes a efecto de procurar la nulidad del acto administrativo con la posibilidad de recaudar las sumas indebidamente pagadas.

- Finalmente y en cuanto a la formalidad necesaria a efecto de obtener el consentimiento expreso del afiliado para poder revocar o modificar unilateralmente los actos administrativos, conviene señalar que las directrices que deban impartirse para tal fin no le corresponden a esta Dirección, sino que tales funciones son del resorte de la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado.

A manera de ilustración sobre el particular, es necesario aclarar que la manifestación de voluntad no se encuentra revestida de una formalidad en particular. En efecto, cuando el artículo [73](#) del Código Contencioso Administrativo se refiere a que el consentimiento debe constar por escrito, no implica necesariamente que sea el mismo beneficiario o titular del derecho quien deba elaborar el documento, antes bien, considera esta Dirección que la norma en comento se cumple a cabalidad verbi gratia si en la comunicación que se envía al afiliado se anexa una pro forma en la que aparezca el consentimiento para la revocatoria del acto administrativo con el espacio para la correspondiente firma con la cual se hace manifiesta la voluntad del particular, formato que deberá ser retornado por el afiliado vía correo o directamente ante el funcionario del ISS.

De igual manera es oportuno señalar que el artículo [71](#) de la Ley 446 de 1998 al establecer que si

como consecuencia de un acuerdo conciliatorio resultare revocado un acto administrativo que crea una situación jurídica o un derecho en favor de un particular, dicho acuerdo conciliatorio equivale al consentimiento expreso y escrito del titular, de modo que también es viable obtener la anuencia expresa del afiliado a través del acta conciliatoria del funcionario competente para adelantar acuerdos conciliatorios entre particulares y la Administración.

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud.

Cordialmente

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

Con copia:

-- Dra. Isabel Cristina Martínez. Gerente Nacional de Atención al Pensionado

RAMG/odpm

Rad 10288

07/X/08

NOTAS AL FINAL:

1. V. Art. [29](#) de la Constitución Política

2. V. Sentencia C-[835](#) de 2003

3. V. Art. [85](#) del CCA. “Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente”.

(Negrilla por fuera del texto). CCA. Caducidad de las acciones. Art. [136](#). Mod. Dec. 2304 de 1989, art. 23. Mod. Ley 446 de 1998, art. [44](#). “(...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena Fe”. (Negrilla por fuera del texto)

4. De acuerdo con las competencias atribuidas a la Jurisdicción Laboral en la Ley 712 de 2001 y la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es procedente que la entidad pública inicie la acción ante esta Jurisdicción en procura de la declaratoria de ilegalidad del acto que reconoció mayores valores en materia pensional. V. Sentencias Rad 29940 del 5 de febrero de 2008, Rad. 32750 del 1 de abril de 2008, Rad..030698 del 7 de mayo de 2008 y Rad.31073 del 8 de mayo de 2008.

5. Ius publicum privatorum pactis mutari non potest”.- V. Artículo [16](#) del Código Civil,

6. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

7. DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: Instituciones de Derecho Civil, vol. I, Madrid, 1995, Tecnos.

8. V. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. Acerca de lo que entraña el postulado rector de la buena fe, esta Corporación, pormenorizadamente, en las postrimerías de la década de los años cincuenta, precisó que "La buena fe hace referencia...a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza....Así pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad....En general obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud....." (LXXXVIII, p.p. 222 a 243)



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

